

Informe 6/2022, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Aprobación de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) aplicables a los contratos de servicios y suministros –con lotes y sin lotes-, mediante procedimiento abierto, adecuados al régimen aplicable a los Poderes Adjudicadores no Administración Pública (PANAP de la Fundación Aragón Emprende

I. ANTECEDENTES

El Director Gerente de la Fundación Aragón Emprende se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 16 de mayo de 2022, por la que solicita informe sobre la aprobación de los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos de servicios y suministros mediante procedimiento abierto.

Se acompaña al escrito la propuesta de pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares de servicios y de suministros tramitados por procedimiento abierto.

No consta que se haya emitido informe preceptivo a la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón de acuerdo con lo previsto en el Decreto 169/2018, de 9 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se organiza la asistencia, defensa y representación jurídica a la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el artículo 122.7 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 20 de junio de 2022, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1, f) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Director Gerente de la Fundación Aragón Emprende es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, f) del mencionado Reglamento.

II. Necesidad de adaptación de los pliegos tipo utilizados por la Fundación Aragón Emprende, adecuados a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La Fundación Aragón Emprende es una fundación de iniciativa pública que tiene entre sus fines *«fomentar cuantos cauces e instrumentos permitan la colaboración entre la Fundación, las empresas y organizaciones, con el objeto de promover la cultura y la actividad emprendedora, favoreciendo la creación de un tejido empresarial dinámico e innovador en la Comunidad Autónoma de Aragón, apoyando a los nuevos emprendedores en la creación y el desarrollo*

de sus empresas.». Como indican en su solicitud, para poder cumplir con los fines fundacionales, es necesario contratar con frecuencia determinados servicios y suministros.

La fundación, de iniciativa pública, constituida en 1996, forma parte del sector público autonómico, de acuerdo con la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón, cuyo artículo 138 remite a la legislación sobre contratación del sector público para determinar el régimen jurídico aplicable en la materia. A tal efecto, tiene la consideración de poder adjudicador no Administración pública, y por tanto, conforme al artículo 3.3.b) LCSP, en relación con el artículo 316 y siguientes del mismo texto legal, los contratos que celebre se regirán por las normas del Título I del Libro Tercero, lo que supone una serie de especialidades en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, recogidas en los artículos 317 y 318 LCSP, según se trate de contratos sujetos a regulación armonizada o no, así como en cuanto a efectos y extinción como establece el artículo 319 LCSP.

Por primera vez se someten a informe de esta Junta unos modelos de pliego para su uso por un poder adjudicador no Administración Pública, lo que debe interpretarse de forma muy positiva, por las garantías y transparencia que aporta al proceso.

III. Estructura y contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares sometidos a informe.

Los pliegos de cláusulas particulares para la prestación de servicios y suministros mediante procedimiento abierto ordinario tienen el mismo contenido, con pequeñas adaptaciones a una u otra prestación. Ambos se estructuran en 26 cláusulas, sin anexos ni cuadro resumen.

Las cláusulas recogen el siguiente contenido:

1. Objeto y calificación, incluyendo subapartados sobre la división en lotes del contrato;
2. Procedimiento de selección y adjudicación;
3. Perfil de contratante;
4. Presupuesto base de licitación y valor estimado;
5. Revisión de precios;
6. Duración del contrato;
7. Acreditación de la aptitud para contratar;
8. Presentación de proposiciones y documentación administrativa;
9. Criterios de adjudicación;
10. Preferencias de adjudicación en caso de empates;
11. Mesa de contratación;
12. Apertura de proposiciones;
13. Apertura de Sobre B;
14. Apertura de Sobre C;
14. Clasificación de ofertas;
15. Requerimiento de documentación;
16. Garantía definitiva;
17. Adjudicación del contrato;
18. Formalización del contrato;
19. Condiciones especiales de ejecución;
20. Derechos y obligaciones de las partes;
21. Subcontratación;
22. Modificaciones contractuales previstas;
23. Penalidades;
24. Resolución del contrato;
25. Confidencialidad y protección de datos;
26. Régimen jurídico del contrato.

Los modelos de pliego tienen como finalidad facilitar la tramitación y licitación de contratos para la unidad gestora y para los licitadores. Para ello deben estar dotados de la suficiente flexibilidad para permitir que su contenido se adapte a los bienes o servicios a contratar. Esta circunstancia no se aprecia con facilidad en los pliegos sometidos a informe. Aunque trata de seguir el orden de tramitación común, en las primeras cláusulas se anticipa la acreditación de la aptitud para contratar, hecho que se produce antes de la adjudicación y que sólo afecta al propuesto como adjudicatario y no a todos los licitadores.

Con carácter general el contenido es correcto, con las salvedades que a continuación se indican, observándose que en numerosas ocasiones se opta por realizar una reproducción de previsiones legales que innecesariamente cargan el documento y con el riesgo que implica la posibilidad de modificaciones legales posteriores que puedan afectar al contenido del pliego.

IV. Análisis general de los pliegos tipo sometidos a Informe.

Aunque no consta la existencia de modelos de pliego previos aprobados por la entidad, se puede apreciar cierta similitud en cuanto a la estructura propia de los pliegos tipo utilizados por el Gobierno de Aragón o por el Ayuntamiento de Zaragoza, informados por esta Junta en numerosas ocasiones.

Con carácter general, la estructura pretende seguir el orden de tramitación ordinaria de cualquier procedimiento de licitación, aunque se observa, además de un error en la numeración al duplicar la cláusula 14, que las cláusulas 2 a 13 mezclan trámites de varias fases, lo que pueden inducir a confusión.

En cuanto al contenido cabe realizar una serie de observaciones y recomendaciones:

a) En la primera cláusula sobre el objeto y calificación del contrato, se ha incluido un subapartado sobre la justificación de la no división en lotes del contrato.

De acuerdo con el artículo 99.3 LCSP la justificación debe realizarse en el expediente, no necesariamente en el pliego, por lo que se considera un contenido más propio del informe de necesidad de contratar o memoria justificativa del contrato, considerando además que debe publicarse según exige el artículo 63. Se propone su supresión, con el fin de no dificultar la lectura del pliego.

b) La cláusula 4 recoge la diferencia entre presupuesto base de licitación y valor estimado, pero sin referencia a sus componentes, tales como anualidades, prórrogas, posibles modificaciones u opciones eventuales. Es necesario adecuar y detallar correctamente los términos empleados, especialmente el desglose económico que debe realizarse en los contratos de servicios, de acuerdo con el artículo 100.2 LCSP, para incluir la desagregación de costes directos e indirectos, costes de mano de obra, etc.

c) La cláusula 6 contempla la duración del contrato, pero no indica nada sobre la posibilidad de prórrogas, forma de ejercicio o establecimiento de un plazo diferente de preaviso, de acuerdo con el artículo 29 LCSP.

d) La cláusula 7 se dedica a la acreditación de la aptitud para contratar. Comienza recordando quién puede presentar proposiciones en la licitación reproduciendo el artículo 65 LCSP, y a continuación relaciona las distintas formas de acreditar la capacidad, la solvencia económica y la técnica del empresario.

La redacción y ubicación de la cláusula induce a creer que todo empresario que presente proposiciones debe aportar la documentación indicada, ya que no existe nexo con la documentación que presentan en el Sobre A (Declaración Responsable Única) ni con la cláusula 15 sobre el requerimiento de documentación, que es el momento en el que deberá aportar toda la documentación acreditativa de capacidad y solvencia sólo el propuesto como adjudicatario, no todos los licitadores.

Se recomienda adecuar la redacción y la ubicación sistemática de la cláusula, dado que, si bien su contenido es correcto, puede dar lugar a confusión al relacionar documentación antes de enumerar la propia que acompaña a las proposiciones para licitar.

La reproducción íntegra de artículos, como es el caso del apartado 1 sobre la capacidad de obrar (artículo 65.1 y 84) o apartado 2 sobre la prueba de no concurrencia de prohibiciones de contratar (artículo 85), si bien no es incorrecta, puede suplirse por la referencia legal, con el fin de facilitar la lectura del pliego, y no confundir a los licitadores sobre la documentación a presentar en los sobres o por requerimiento posterior.

Por otra parte, en el apartado 3 desarrolla las formas de acreditar solvencia económica y técnicas. De todos los medios que relacionan el artículo 87 para acreditar la solvencia económica sólo se incluye el previsto en la letra a) del precepto, el volumen anual de negocio, sin dar la posibilidad de optar por la

exigencia de seguro de responsabilidad civil por riesgo profesional o por el patrimonio neto. Aunque la exigencia del volumen de negocio sea el más habitual, no debería impedirse la posibilidad de elegir otro de los criterios o incluso varios.

Lo mismo ocurre con la solvencia técnica. Además, en este supuesto, los medios para su acreditación son diferentes según se trate de servicios o de suministros, por lo que podría ser recomendable ampliar la acreditación de solvencia con cualquiera de los medios previstos en la ley, tratándose de un pliego tipo que después deberá adecuarse a la prestación a contratar. No obstante, de manera acertada, incluye el criterio b) en referencia a las empresas de nueva creación para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

e) La cláusula 8 es la más extensa y comprende la presentación de proposiciones y documentación administrativa. El apartado 8.2 incluye contenido sobre el uso de la Plataforma de Contratos del Sector Público (en adelante, PLACSP) y el cifrado de sobres, cuestiones que, al tener carácter técnico y depender exclusivamente de la gestión estatal del sistema, no parece muy oportuno recoger en el pliego.

También se fija un plazo concreto para la presentación de ofertas, quince días, que no se corresponde con lo establecido en el artículo 156 LCSP y deberá dejarse como elemento a completar en cada licitación, ya que depende del tipo de tramitación (ordinaria o urgente), de si concurren las condiciones del citado precepto para la reducción de plazos y de si se trata de un contrato sujeto o no a regulación armonizada.

El apartado 8.3 sobre documentación técnica resulta superfluo toda vez que la documentación necesaria para la licitación (pliegos, informes, aclaraciones...) tiene que ser objeto de publicación o, en su caso, deberá indicarse el lugar donde pueda obtenerse (ver anexo III, Sección 4.2 LCSP)

A continuación, en el apartado 8.4 establece los sobres necesarios para presentar la documentación distinguiendo si existen o no criterios sujetos a juicio de valor. No hay contenido asociado al sobre B. Tan solo indica la necesidad de descripción, pero nada sobre qué tipo de archivos podrán enviarse en el mismo, pudiendo recordarse el artículo 157.2 LCSP con el fin de evitar que se mezcle indebidamente documentación.

En relación con el sobre C, tan sólo se permite la posibilidad de incluir la proposición económica, cuando puede haber muchos más criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior, siendo recomendable ampliar este apartado para adecuar los mismos a las posibles prestaciones a contratar. Tampoco se aclara si la oferta económica se hará a tanto alzado o por precios unitarios y dónde pueden incluirse éstos en tal caso.

A continuación, se repite el mismo contenido que afecta a los sobres A y C para los casos en que no se prevean criterios sujetos a juicios de valor. Esta duplicidad es redundante e innecesaria. Aunque se comprende que la entidad elegirá un supuesto u otro según se prevean o no criterios sometidos a valoración subjetiva, puede simplificarse describiendo los tres sobres y aclarando en qué casos deberá enviarse también el sobre B.

Además, la denominación que da al sobre B en el caso de no haber previsto criterios sujetos a juicio de valor induce claramente a error en cuanto a la existencia de los mismos, especialmente al introducir la documentación en PLACSP, ya que los criterios sujetos a evaluación posterior siempre van en el sobre C, con independencia de que se haya previsto o no sobre B.

f) La cláusula 9 se dedica a los criterios de adjudicación. En el apartado 1 establece una relación para los criterios cuantificables automáticamente con una fórmula estándar para valorar el precio que se aplicará tanto para las licitaciones en que hayan previsto criterios sujetos a juicio de valor como en las que no.

En la numerosa doctrina establecida tanto por los tribunales de recursos contractuales como por las juntas consultivas de contratación, existe unanimidad al exigir que todos los criterios de adjudicación deben estar formulados de forma clara y precisa. En los pliegos se especificarán los aspectos que van a ser objeto de valoración, la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos; y, tratándose de criterios cualitativos, su valoración se realiza en base a la calidad de las propuestas realizadas por cada uno de los licitadores.

No existe descripción ni indicaciones sobre cómo cumplimentar este apartado, tal como la necesidad de recoger la descripción y forma de valoración, la ponderación de cada criterio o si habrá comité de expertos. Es necesario recordar que al completar esta cláusula deberá indicarse cuáles serán y qué parámetros serán considerados.

Como recuerda la reciente Resolución nº 57/2022 del Tribunal Central de Recursos Contractuales «los criterios de valoración deben estar vinculados al objeto del contrato, siendo necesario también que estén configurados de manera que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva»

Recuerda la doctrina sentada por el mismo tribunal, en Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre que

a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones no102/2013, 263/2011).

b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014).

c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no

recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengán a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (..)» La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.»

Por otra parte, existe un mayor detalle en los criterios cuantificables automáticamente. Predetermina la fórmula aplicable a la valoración del precio, pero considerando que no indica la opción de advertir de si se trata de precios unitarios o a tanto alzado o de si existen en su caso precios máximos de licitación, puede no ser la más adecuada para valorar la oferta. La fórmula es correcta, aunque podría también ser adecuado establecer un catálogo con varias opciones para elegir la que mejor se adapte a la licitación.

En cambio, para el resto de los criterios cuantificables de modo automático no hay margen para decidir la fórmula a aplicar y, por tanto, deberá indicarse con el fin de saber la forma de valoración, siendo la descripción insuficiente.

Se recomienda suprimir la duplicidad de apartados según se prevean o no criterios sometidos a juicio de valor por recoger el mismo contenido, como ya se ha dicho en relación con los sobres anteriormente.

h) La cláusula 10 transcribe los criterios de desempate que establece el artículo 147.1.a), b) y e) LCSP. Al no suponer una novedad, también podrían referir los criterios a la aplicación íntegra del precepto que recoge otra serie de criterios.

i) La cláusula 11 indica que, al no tener la condición de Administración Pública, no es necesaria la mesa de contratación, de conformidad con el artículo 326 LCSP y el artículo 8 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

Sin embargo, nada impide que se pueda constituir. El Informe 5/2011 de esta Junta recuerda que, aunque la mesa de contratación en estos casos tenga carácter potestativo, *«una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa [...], aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración que se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo aconsejable que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias [...]»*

Como consecuencia, todas las funciones propias de la mesa de contratación las asume el órgano de contratación, sin referencia a ninguna unidad de apoyo. Así, en la cláusula 12 se indica la necesidad de constitución previa como tal, la calificación administrativa, solicitud de subsanación mientras que en la cláusula 13 remitirá a un técnico designado por el propio órgano de contratación la valoración de las ofertas.

j) Las cláusulas 13 y 14 se repiten innecesariamente según se haya previsto o no criterios sujetos a juicio de valor, dando lugar además a un error en la numeración del resto de las cláusulas del pliego.

La cláusula 14 sobre clasificación de ofertas requiere adecuar su contenido, ya que la clasificación es acto de ordenación de ofertas una vez valoradas conforme a todos los criterios de adjudicación, ya sean de juicio de valor o sólo automáticos. Además, induce a error asociar el concepto sobre B y

“ponderación automática” propia del sobre C, problema que se arrastra desde la cláusula 8 relativa a los sobres, como ya se ha indicado anteriormente. Es necesario adecuar la denominación de los sobres a las exigencias de PLACSP. Aunque no haya criterios sometidos a juicio de valor, no procede alterar la denominación del sobre en el que van incluidas las ofertas sometidas a valoración automática, sobre C.

k) Las cláusulas 15 y 16 reproducen textualmente contenido de la ley, especialmente el artículo 107 LCSP sobre las formas de depositar la garantía definitiva. Si bien el contenido es correcto, como en otros supuestos ya indicados, puede limitarse a señalar el precepto que relaciona las formas de constitución, con especial atención al caso de retención en precio si se estima oportuno, ya que el pliego debe admitir expresamente esta forma de depósito, ex artículo 108.2 LCSP.

l) Debe corregirse la expresión “exija” por “exista” de la cláusula 17.

m) La cláusula 19, sobre condiciones especiales de ejecución, incluye dos situaciones concretas sin dar opción a añadir otras condiciones que guarden una mayor relación con el objeto del contrato. Las condiciones especiales de ejecución dan valor a la prestación. Se recomienda añadir la posibilidad de prever otras diferentes a las ya establecidas para adecuarse a la prestación.

n) A partir de la cláusula 20 se relacionan los derechos y obligaciones de las partes, iguales tanto para servicios como para suministros.

El apartado 2, titulado obligaciones laborales, sociales y de transparencia no incluye contenido sobre estas últimas, por lo que deberá adecuarse.

Las referencias a las obligaciones en materia de convenio colectivo tienen entidad en los contratos de servicios, no teniendo tanta relevancia en suministros. Lo mismo ocurre con el apartado 4 dedicado a la recepción y plazo de garantía, más propia de suministros que de servicios, pero que tiene el

mismo contenido en ambos pliegos. El plazo de garantía no puede ser igual para suministros que para servicios, especialmente si la actividad es periódica, por lo que debería adecuarse según las prestaciones.

ñ) La cláusula 21 sobre subcontratación debe modificarse en relación con la exigencia de autorización. El artículo 215 LCSP no permite limitar la subcontratación más allá de la posibilidad de calificar prestaciones como tareas críticas. Tampoco puede condicionar la subcontratación a la capacidad del subcontratista. La responsabilidad por lo que hace es del contratista, por lo que cualquier irregularidad que afecte a la prestación le será directamente imputable al mismo.

El artículo 215.2.b) LCSP ya indica que en todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación a subcontratar, la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, justificando a aptitud de este para ejecutar la prestación por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

No se puede exigir que el subcontratista acredite capacidad y solvencia en las mismas condiciones que el contratista principal, pero sí que éste justifique la experiencia del subcontratista o que presente su clasificación como prueba de aptitud, demostrando también que no está incurso en prohibiciones de contratar ni inhabilitado. El órgano de contratación no puede someter la subcontratación a autorización previa pero sí puede obligar a que el contratista la comunique las subcontrataciones a realizar y dé los datos de los subcontratistas antes de que comience la prestación.

En relación con la comprobación de datos sobre afiliación y alta de trabajadores en la Seguridad Social, el contratista carece de autoridad para

requerir esos datos al organismo público, si bien puede exigir a sus subcontratistas que acrediten que los trabajadores puestos a disposición del contrato están debidamente inscritos. A pesar de todo, la relación entre contratista y subcontratista es privada, por lo que su delimitación no procede en los pliegos.

o) La cláusula sobre modificaciones previstas del contrato, cláusula 22, considera que no se va a prever en ningún supuesto. Quizá por tratarse de un pliego tipo, convendría dar la opción de poder elegir en su caso en función de las prestaciones a contratar, tanto en servicios como en suministros.

p) Lo mismo ocurre con la cláusula 23 sobre penalidades. Las penalidades por demora incluyen una proporción de 0,60 € por cada 1.000 € y un múltiplo del 5% pero sin referencia al precio, presupuesto o valor estimado, de modo que, en función de estos márgenes, la penalidad puede resultar abusiva o exigua. Es una referencia, pero conviene dar alternativa, o margen para el establecimiento de otras penalidades que se adecúen al objeto, con el fin de estimular el cumplimiento del contrato.

Las penalidades por incumplimiento o cumplimiento defectuoso llaman la atención por su severidad en cuanto a las posibles cuantías económicas y la ausencia de circunstancias que dan lugar a su imposición, sin un catálogo de conductas ni posibilidad de incluirlas en el pliego. Se observa ausencia de parámetros que eviten la arbitrariedad en su imposición y sobre todo garanticen la proporcionalidad de la misma.

Se incluye un párrafo sobre indemnización de daños y perjuicios causados por el contratista a la entidad, estableciendo como tal la diferencia económica que exista con el siguiente clasificado. Carece de soporte legal el reconocimiento de este criterio como penalidad e incluso a efectos indemnizatorios. No procede confundir ambos, la penalidad es una sanción, pero pretende estimular el cumplimiento, debe ser proporcionada y guardar relación con la prestación.

La diferencia entre las ofertas económicas con el resto de empresas clasificadas no es criterio adecuado para valorar el daño que se ha provocado en la fase de ejecución.

A pesar de todo, se puede destacar el procedimiento para la imposición de las mismas, con la previsión de un trámite de audiencia al contratista, tratando de dotar de agilidad al mismo. No obstante, el concepto denuncia no es muy acertado en el ámbito del pliego pudiendo sustituirse por reclamación o requerimiento.

r) La cláusula sobre resolución del contrato, cláusula 24, recoge las referencias legales que con carácter general se aplican a todo tipo de contratos, pero no da margen para configurar nuevas causas asociadas a la prestación. Además, la resolución del contrato conlleva la incautación de la garantía cuando se resuelva por incumplimiento culpable pero no puede obviarse lo establecido en el artículo 110 LCSP sobre las responsabilidades a las que están afectas las garantías.

s) La cláusula 25 sobre confidencialidad, muy extensa, comprende las obligaciones del contratista en calidad de encargado del tratamiento de datos, siendo la legislación sobre la materia la que deberá tenerse en consideración. En los contratos de servicios, la confidencialidad y protección de datos alcanza una mayor relevancia dado el acceso de los contratistas a los datos de subrogación de empleados, o el acceso de los mismos a datos sensibles según la prestación a desempeñar.

t) Finalizan ambos pliegos con una cláusula que detalla el régimen jurídico aplicable al contrato, siendo llamativa la ausencia a lo largo de todo el documento, incluyendo esta cláusula, referencia alguna a la posibilidad de interposición de recurso especial, y el artículo 44 indica que es posible para poderes adjudicadores no Administración Pública. El pliego de cláusulas es un

documento administrativo y como tal debe indicar el régimen de recursos aplicables

Tampoco se hace referencia alguna acerca de si el contrato puede estar o no sujeto a regulación armonizada, siendo relevante a efectos de publicidad e interposición del recurso especial en materia de contratación y por el régimen jurídico aplicable según establecen los artículos 317 y 318 LCSP.

Destaca también la ausencia de referencia, nombramiento y definición de las funciones propias del responsable del contrato, cuyo nombramiento es obligatorio y que, además, goza de facultades en la fase de ejecución. Aunque el artículo 62 LCSP no se encuentre entre los preceptos de aplicación preceptiva a poderes adjudicadores no Administración Pública, ambos pliegos recogen una mención en fase de ejecución en la cláusula 19 sobre condiciones especiales de ejecución. Conviene valorar la posibilidad recoger su nombramiento y definición de funciones al tratarse de una figura relevante para el control en ejecución que colabora y facilita la adopción de decisiones al órgano de contratación

Los pliegos, tanto en servicios como en suministros son prácticamente iguales en cuanto a su estructura, derechos y obligaciones, dejando muy poco margen para adaptar requisitos a la prestación a contratar. Como ya se ha manifestado, esto merma la posibilidad de adecuación y exigencia de requisitos o situaciones que permitan modificar el contrato, resolverlo o imponer penalidades según el suministro o servicio a contratar, limitando la flexibilidad que deben tener unos pliegos tipo para adaptarse a todas las posibles licitaciones de contratos de servicios o de suministros.

III. CONCLUSIÓN

Se informan los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a la adjudicación de contratos de suministros y servicios por procedimiento abierto, con carácter favorable pero condicionado a la subsanación, en especial, de las siguientes incidencias:

I.- Debe introducirse el régimen de recursos que corresponda por razón de la cuantía, tanto administrativo como judicial.

II.- Debe indicarse si los pliegos se van a utilizar para licitar contratos sujetos a regulación armonizada o no, habilitando un apartado dentro de la cláusula sobre presupuesto de licitación, valor estimado o régimen jurídico con dicho contenido.

III.- Debe adecuarse la redacción y la ubicación sistemática de la cláusula 7 sobre aptitud para contratar, con el fin de evitar confusión acerca de la documentación que deben presentar los licitadores.

IV.- Debe eliminarse la reiteración en el contenido que afecta a los sobres y criterios de adjudicación, definiendo con claridad una sola vez el contenido de los mismos, sin necesidad de repetir la cláusula según se prevea utilizar criterios sujetos a juicios de valor, o no. Es relevante esta corrección ya que alcanza a la propia denominación de los sobres que no deben cambiar en función de los criterios de adjudicación a utilizar, alternando las condiciones técnicas determinadas en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

V.- En la cláusula 9 sobre los criterios de adjudicación, especialmente cuando se prevean criterios sujetos a juicio de valor, debe quedar visible la necesidad de relacionar los mismos con claridad, así como la forma en que se vayan a valorar, ya que en el documento no hay contenido ni instrucciones sobre el contenido mínimo.

VI.- Debe corregirse la cláusula sobre subcontratación, eliminando las referencias a la autorización del órgano de contratación y otros requisitos que exceden de lo establecido en la legislación básica de contratación.

Informe 6/2022, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 20 de junio de 2022.